

Dorota Sylwestrzak²⁶

Preferowanie podmiotów publicznych w niektórych rodzajach działalności gospodarczej²⁷

1. Wprowadzenie do rozważań

Prowadzenie działalności gospodarczej przez podmioty publiczne²⁸, takie jak państwo czy jednostki samorządu terytorialnego

²⁶ Autorka jest adiunktem w Katedrze Prawa Administracyjnego, WPiA UMK w Toruniu.

²⁷ Niniejsza publikacja powstała w ramach badań prowadzonych oraz w ramach grantu NCN Sonata 2 nr 2011/03/D/HS5/03629 pt. „Rola państwa w procesach podnoszenia konkurencyjności i innowacyjności przedsiębiorstw – diagnoza istniejących uwarunkowań i barier prawnych, perspektywy rozwoju”. Publikacja została sfinansowana z ww. środków.

²⁸ Legalna definicja pojęcia „przedsiębiorcy publicznego” zawarta jest w art. 2 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 22 września 2006 r. o przejrzystości stosunków finansowych pomiędzy organami publicznymi a przedsiębiorcami publicznymi oraz o przejrzystości finansowej niektórych przedsiębiorców (Dz. U. Nr 191, poz. 1411, z późn. zm.), zgodnie z którym przez przedsiębiorcę publicznego rozumie się „każdy podmiot prowadzący działalność gospodarczą, bez względu na sposób działania oraz formę organizacyjno-prawną, w szczególności spółkę handlową, spółdzielnię, przedsiębiorstwo państwowe, товарищество ubezpieczeń wzajemnych oraz bank państwowy, na którego działalność organ publiczny wywiera decydujący wpływ, niezależnie od wpływu wywieranego na niego przez inne podmioty”.

W myśl art. 2 pkt 1 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100, z późn. zm.), dalej jako uppp, pod pojęciem podmiotu publicznego rozumie się „jednostkę sektora

finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych, inną, niż określona w lit. a, osobę prawną, utworzoną w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w lit. a, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:

- finansują ją w ponad 50 % lub
- posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub
- sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub

budzi szereg wątpliwości. W świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego zasada wolności gospodarczej nie obejmuje publicznego sektora gospodarczego²⁹. Powyższe wyłączenie nie oznacza, że obowiązuje zakaz prowadzenia działalności gospodarczej przez podmioty należące do sektora publicznego³⁰. Zarówno w orzecznictwie³¹, jak i doktrynie³² dopuszcza się prowadzenie działalności gospodarczej przez podmioty publiczne, przy czym z pewnymi zastrzeżeniami, a mianowicie: działalność gospodarcza podmiotów publicznych powinna mieć charakter wyjątkowy oraz służyć realizacji wartości konstytucyjnych, takich jak społeczny charakter gospodarki narodowej, zrównoważony rozwój z poszanowaniem zasady swobodnej konkurencji, w formach i na zasadach rynkowych.

– mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego, oraz związki podmiotów, o których mowa w lit. a i b”.

²⁹ Wyrok TK z dnia 7 maja 2001 r., K 19/00, OTK 2001/4/82.

³⁰ Szerzej K. Strzyczkowski, *Prawa podstawowe wobec publicznej działalności gospodarczej* [w:] *25 lat fundamentów wolności gospodarczej. Tendencje rozwojowe*, (red.) J. Grabowski, K. Pokryszka, A. Hołda-Wydrzyńska, Katowice 2013, s. 604 i n.

³¹ Wyrok TK z dnia 7 maja 2001 r., K 19/00, OTK 2001/4/82. Zob. też wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 17 kwietnia 2013 r., VI ACa 1371/12, LEX nr 1331149, w którym sąd stwierdził, że „jednostka samorządu terytorialnego może być uznana za przedsiębiorcę prowadzącego działalność gospodarczą tylko w zakresie wykonywania zadań własnych i tylko wówczas, gdy są one związane z udziałem tej jednostki w obrocie cywilnoprawnym. Przyjęcie, że każda działalność inwestycyjna jednostki samorządu terytorialnego, podjęta na własny rachunek w związku z wykonywaniem zadań użyteczności publicznej, stanowi formę działalności gospodarczej w rozumieniu k.p.c., nie znajduje oparcia w przepisach. Zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 4 u.s.g. do zadań własnych gminy należą m.in. sprawy z zakresu zapewnienia lokalnego transportu zbiorowego. Aby ich realizacja mogła być uznana za działalność gospodarczą powinna być wykonywana w sposób zorganizowany, ciągły, w celu zarobkowym i prowadzona zgodnie z zasadami racjonalnej gospodarki”. Podobnie Sąd Najwyższy, dalej jako SN, w wyrokach: z dnia 9 sierpnia 2012 r., V CSK 366/11, LEX nr 1231630. z dnia 6 lipca 2011 r., I CSK 582/10, LEX nr 970063.

³² Zob. też M. Zdyb [w:] M. Sieradzka, M. Zdyb, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2013.

Zarówno państwo, jak i samorząd terytorialny w celu realizacji zadań publicznych mogą prowadzić działalność gospodarczą na podobnych zasadach oraz w formach organizacyjnych właściwych dla podmiotów zaliczanych do sektora prywatnego.

Zgodnie z art. 32 ust. 1 Konstytucji w zw. z art. 6 ust. 1 usdg „podejmowanie, wykonywanie i zakończenie działalności gospodarczej jest wolne dla każdego na równych prawach, z zachowaniem warunków określonych przepisami prawa”. Z istoty zasady społecznej gospodarki rynkowej, unormowanej w art. 20 Konstytucji, wynika postulat oparcia gospodarki wolnorynkowej na zasadzie swobodnej konkurencji. Swobodna konkurencja będzie polegać przede wszystkim na niedyskryminacyjnym i faworyzującym traktowaniu podmiotów prywatnych oraz publicznych prowadzących działalność gospodarczą³³.

Zasada równego traktowania przedsiębiorców w obrocie gospodarczym winna znaleźć odzwierciedlenie przede wszystkim w regulacjach prawnych zapewniających niedyskryminacyjne traktowanie wszystkich uczestników rynku, zarówno tych z sektora prywatnego, jak i publicznego³⁴.

Zasadniczym celem opracowania jest analiza obowiązujących regulacji przepisów prawa pod kątem ustalenia, czy obowiązujące regulacje prawne oraz działania podejmowane przez organy administracji publicznej (administracji rządowej i samorządowej) zapewniają niedyskryminacyjne traktowanie wszystkich uczestników w obrocie gospodarczym, czy też preferują podmioty publiczne; w jaki sposób i w których sektorach działalności gospodarczej przejawia się preferowanie podmiotów publicznych. Przedmiotem rozważań objęte zostaną przede wszystkim te rodzaje działalności gospodarczej, które wiążą się z realizacją usług o charakterze publicznym na rynkach lokalnych, takich jak: dystrybucja wody, gospodarowanie odpa-

³³ Por. wyrok TK z dnia 7 maja 2001 r., sygn. K 19/00, OTK ZU nr 4/2001, poz. 82; Wyrok TK z dnia 9 stycznia 2007 r., sygn. akt P 5/05, OTK-A 2007/1/1.

³⁴ Por. orzeczenie TK z dnia 13 września 1990 r., U 4/90, OTK 1990, poz. 10; Orzeczenie TK z dnia 9 marca 1988 r., U 7/87, OTK 1988, poz. 1; Orzeczenie TK z dnia 26 kwietnia 1995 r., K 11/94, OTK 1995, poz. 12.

dami, działalność lecznicza, transport publiczny, usługi telekomunikacyjne.

Rozważania dotyczące różnicowania sytuacji prawnej przedsiębiorców zostaną ograniczone do zbadania przepisów prawa z punktu widzenia dostępu do rynku usług publicznych, podejmowania, prowadzenia działalności gospodarczej (koncesje, zezwolenia, działalność regulowana), wyboru formy organizacyjno-prawnej, w której działalność gospodarcza może być prowadzona.

2. Dostęp do rynku usług publicznych

Zasadniczo powierzanie realizacji zadań o charakterze publicznym, tj. usług służących zaspokajaniu potrzeb o charakterze powszechnym, takich jak np. budowa dróg i autostrad, transport publiczny, gospodarowanie odpadami, winno być oparte na zasadach konkurencyjności, przejrzystości procedur ich powierzania.

Według przepisu art. 3 ust. 1 ugk³⁵ jednostki samorządu terytorialnego zostały uprawnione do powierzania wykonywania zadań z zakresu gospodarki komunalnej w drodze umowy osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej, z uwzględnieniem przepisów ustawy o finansach publicznych³⁶, w trybie przepisów ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi³⁷, ustawy Prawo zamówień publicznych³⁸, ustawy o dzia-

³⁵ Ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (t. jedn. Dz. U. z 2011 r. Nr 45, poz. 236), dalej jako ugk.

³⁶ Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 885 z późn. zm.), dalej jako ufp.

³⁷ Ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. Nr 19, poz. 101, z późn. zm.), dalej jako ukrbu.

³⁸ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.), dalej jako uzp.

łałości pożytku publicznego i o wolontariacie³⁹ oraz ustawy o publicznym transporcie zbiorowym⁴⁰ albo na zasadach ogólnych.

Partnerstwo publiczno-prywatne to „wspólna realizacja przedsięwzięcia publicznego oparta na podziale zadań i ryzyka pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym” (art. 1 ust. 2 uppp). W umowie o partnerstwie publiczno-prywatnym „partner prywatny zobowiązuje się do realizacji przedsięwzięcia za wynagrodzeniem oraz poniesienia w całości albo w części wydatków na jego realizację lub poniesienia ich przez osobę trzecią, a podmiot publiczny zobowiązuje się do współdziałania w osiągnięciu celu przedsięwzięcia, w szczególności poprzez wniesienie wkładu własnego” (art. 7 ust. 1 uppp). W celu realizacji przedsięwzięcia publicznego partnerzy mogą zawiązać spółkę kapitałową, spółkę komandytową lub komandytowo-akcyjną (art. 14 ust. 1 uppp).

Przez umowę koncesji koncesjonariusz zobowiązuje się do wykonania przedmiotu koncesji (robót budowlanych lub usług publicznych) za wynagrodzeniem, które stanowi w przypadku koncesji na roboty budowlane – wyłącznie prawo do eksploatacji obiektu budowlanego, w tym pobierania pożytków, albo takie prawo wraz z płatnością koncesjodawcy, zaś w odniesieniu do koncesji na usługi – wyłącznie prawo do wykonywania usług, w tym pobierania pożytków, albo takie prawo wraz z płatnością koncesjodawcy (art. 1 ust. 2 ukrbu). Koncesjonariusz ponosi w zasadniczej części ryzyko ekonomiczne wykonywania koncesji (art. 1 ust. 3 ukrbu). Wybór koncesjonariusza winien nastąpić na zasadzie równego i niedyskryminacyjnego traktowania zainteresowanych podmiotów, w sposób przejrzysty oraz z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji (art. 6 ukrbu).

W drodze zamówienia publicznego podmiot prywatny zobowiązuje się realizować dostawy, roboty budowlane oraz usługi na rzecz podmiotów publicznych (art. 2 pkt 13 uzp). Wynagrodzenie

³⁹ Ustawa z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (t. jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 1118, z późn. zm.), dalej jako udppw.

⁴⁰ Ustawa z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz. U. z 2011 r., Nr 5, poz. 13, z późn. zm.), dalej jako uptz.

wykonawcy finansowane jest ze środków publicznych. Wybór wykonawcy na podstawie publicznych trybów określonych w uzp odbywa się z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz jawności procedury (art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 uzp).

Podmioty prywatne mogą przyjmować do realizacji zadania publiczne także w drodze prywatyzacji pośredniej, polegającej na obejmowaniu akcji w podwyższonym kapitale zakładowym jednoosobowych spółek Skarbu Państwa powstałych w wyniku komercjalizacji przez podmioty inne niż Skarb Państwa lub inne niż państwowe osoby prawne (art. 1 ust. 2 pkt 1 ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw⁴¹). Odpłatne zbywanie akcji spółki utworzonej z przekształcenia przedsiębiorstwa państwowego na podstawie przepisów ukpp może odbywać się w formie: oferty ogłoszonej publicznie, przetargu publicznego, rokowań podjętych na podstawie publicznego zaproszenia, przyjęcia oferty w odpowiedzi na wezwanie ogłoszone na podstawie ustawy o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych⁴², aukcji ogłoszonej publicznie, sprzedaży akcji w obrocie zorganizowanym, sprzedaży na podstawie oferty publicznej akcji objętych prospektem emisyjnym lub memorandum informacyjnym, stabilizacji pomocniczej, oraz poprzez udzielanie pożyczek akcji w celu realizacji stabilizacji pomocniczej, sprzedaży akcji, poza obrotem zorganizowanym, z użyciem systemu kojarzącego oferty kupna i sprzedaży, zorganizowanego i prowadzonego przez spółkę prowadzącą rynek regulowany (art. 33 ust. 1 ukpp). Akcje mogą być zbywane także w innym trybie (art. 33 ust. 5 ukpp). W praktyce preferowanie podmiotów publicznych sprowadza się do ograniczenia przez jednostki samorządu terytorialnego przekształceń zakładów budżetowych w jednoosobowe spółki komunalne z uwagi na obawy przed podmiotami prywatnymi.

⁴¹ Ustawa z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i prywatyzacji przedsiębiorstw (t. jedn. Dz. U. z 2013 r. poz. 216 ze zm.), dalej jako ukpp.

⁴² Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2013 r. poz. 1382).

Niewątpliwie do konkurencyjnych form zlecania zadań publicznych/ komunalnych należy zaliczyć wybór podmiotu na podstawie publicznych trybów wyłaniania wykonawcy, koncesjonariusza, partnera, inwestora, operatora. Należy jednakże zauważyć, że ustawodawca oprócz konkurencyjnych form wyłaniania podmiotów realizujących zadania publiczne, przewidział również wyjątki od tej zasady, a mianowicie dopuścił możliwość świadczenia usług komunalnych przez spółki gminne bez trybu zamówień publicznych. Pogląd ten prezentowany jest również w orzecznictwie sądów administracyjnych. Przyjmuje się, że „ustawa o zamówieniach publicznych nie ma zastosowania do przypadków powierzania przez gminę utworzonej przez nią jednostce organizacyjnej do wykonywania zadań użyteczności publicznej drogą aktu kreującego tę jednostkę organizacyjną.”⁴³

I tak konkurencyjne tryby wyłaniania podmiotów realizujących zadania publiczne (użyteczności publicznej) zostały przewidziane m.in. w publicznym transporcie zbiorowym. Transport ten odbywa się na zasadach konkurencji regulowanej zgodnie z zasadami określonymi w ustawie, oraz z uwzględnieniem potrzeb zrównoważonego rozwoju publicznego transportu zbiorowego (art. 5 ust. 1 uptz). Organizator może powierzyć świadczenie usług z zakresu publicznego transportu zbiorowego poprzez wybór operatora w trybie uzp, albo ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (art. 19 ust. 1 pkt 1 i 2 uptz). Ponadto organizator może odstąpić od stosowania konkurencyjnych reguł wyboru operatora poprzez powierzenie świadczenia usług przewozowych samorządowemu zakładowi budżetowemu (art. 19 ust. 2 uptz) bądź przez bezpośrednie zawarcie umowy, np. z podmiotem wewnętrznym⁴⁴ (art. 22 ust. 1 uptz)⁴⁵. W przypadku

⁴³ Zob. wyrok NSA z dnia 11 sierpnia 2005 r., II GSK 105/05, LEX nr 180740; wyrok WSA w Szczecinie z dnia 22 sierpnia 2013 r., II SA/Sz 274/13, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/1A1C1D7403>.

⁴⁴ Pod pojęciem podmiotu wewnętrznego należy rozumieć „odrębną prawnie jednostkę podlegającą kontroli właściwego organu lokalnego, a w przypadku grupy organów przynajmniej jednego właściwego organu lokalnego, analogicznej do kontroli, jaką sprawują one nad własnymi służbami” (art. 2 lit. j Rozporządzenia (WE) Nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2007 r. dotyczące usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu

bezpośredniego zawarcia umowy z podmiotem wewnętrznym do umowy o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego przepisy ustawowe normujące wymogi umowy jedynie stosuje się odpowiednio. Faworyzowanie podmiotów publicznych może przejawiać się w wyborze podmiotu świadczącego usługi publicznego transportu zbiorowego, poprzez powierzanie tych zadań zakładom budżetowym bądź podmiotowi wewnętrznemu (np. spółkom komunalnym). Nadto preferowanie podmiotów wewnętrznych przejawia się w zasadach finansowania usług, bowiem w odniesieniu do przedsiębiorców zewnętrznych lub spółek komunalnych, nieposiadających przymiotu podmiotu wewnętrznego, wybranych w trybie ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi przekazanie rekompensaty z tytułu poniesionych kosztów w związku ze świadczeniem usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego nie może prowadzić do odzyskania przez spółkę komunalną czy przedsiębiorcę zewnętrznego całości poniesionych kosztów (art. 50 ust. 2 uptz). Zasada ta ma odpowiednie zastosowanie do operatora wybranego w trybie art. 22 ust. 1 uptz w drodze bezpośredniego zawarcia umowy o świadczenie usług, jeżeli umowa o świadczenie usług publicznych przyjmie formę koncesji na usługi (art. 50 ust. 3 uptz). Należy zauważyć, że ustawodawca jednakże poprzez stworzenie podstaw prawnych

pasażerskiego oraz uchylające rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70 (Dz. U. UE. L. 2007.315.1), dalej jako rozporządzenie 1370/2007.

⁴⁵ Zgodnie z art. 22 ust. 1 uptz organizator może bezpośrednio zawrzeć umowę o świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego, w przypadku gdy:

- 1) średnia wartość roczna przedmiotu umowy jest mniejsza niż 1.000.000 euro lub świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego dotyczy świadczenia tych usług w wymiarze mniejszym niż 300 000 kilometrów rocznie,
- 2) świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego ma być wykonywane przez podmiot wewnętrzny,
- 3) świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego ma być wykonywane w transporcie kolejowym,
- 4) wystąpi zakłócenie w świadczeniu usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego lub bezpośrednie ryzyko powstania takiej sytuacji zarówno z przyczyn zależnych, jak i niezależnych od operatora, o ile nie można zachować terminów określonych dla innych trybów zawarcia umowy o świadczenie publicznego transportu zbiorowego, o których mowa w art. 19 ust. 1 pkt 1 i 2.

dopuszcza takie różnicowanie sytuacji prawnej podmiotów publicznych i prywatnych.

Konkurencyjny tryb wyłaniania wykonawców w drodze przetargu został przewidziany również w zakresie gospodarki odpadami komunalnymi (art. 3 a⁴⁶, art. 6 d ust. 1⁴⁷ i art. 6 e⁴⁸ ustawy o utrzymaniu w czystości). W odniesieniu do trybu wyboru wykonawcy świadczącego usługi odbioru odpadów komunalnych lub odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych powstało szereg rozbieżności, zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie. Rozbieżności dotyczyły przede wszystkim możliwości zlecania tych zadań komunalnym jednostkom organizacyjnym, w tym powierzania odbioru odpadów komunalnych samorządowym zakładom budżetowym. Według pierwszego stanowiska przepisy ustawy o utrzymaniu czystości dopuszczają możliwość powierzania zadania odbioru odpadów komunalnych

⁴⁶ Zgodnie z art. 3a ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t. jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 1399, z późn. zm.), dalej jako ustawa o utrzymaniu w czystości, „gminy, realizując zadania polegające na zapewnieniu budowy, utrzymania i eksploatacji regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, są obowiązane do: przeprowadzenia przetargu na wybór podmiotu, który będzie budował, utrzymywał lub eksploatował regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych, lub dokonania wyboru podmiotu, który będzie budował, utrzymywał lub eksploatował regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych, na zasadach określonych w ustawie o partnerstwie publiczno-prywatnym lub dokonania wyboru podmiotu, który będzie budował, utrzymywał lub eksploatował regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych, na zasadach określonych w ustawie o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Jeżeli przetarg na wyłonienie wykonawcy zakończy się wynikiem negatywnym albo gdy nie zostanie dokonany wybór partnera prywatnego albo nie zostanie dokonany wybór koncesjonariusza gmina może samodzielnie realizować zadanie polegające na budowie, utrzymaniu lub eksploatacji regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych (art. 3 a ust. 2 ustawy o utrzymaniu w czystości).

⁴⁷ Stosownie do art. 6d ust. 1 ustawy o utrzymaniu w czystości „wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany zorganizować przetarg na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości albo przetarg na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów”.

⁴⁸ W myśl art. 6e ustawy o utrzymaniu w czystości „spółki z udziałem gminy mogą odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, na zlecenie gminy, w przypadku, gdy zostały wybrane w drodze przetargu”.

od właścicieli nieruchomości⁴⁹. Z kolei przeciwnicy uważają, że gminy nie mogą we własnym zakresie organizować odbioru odpadów komunalnych⁵⁰. Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 28 listopada 2013 r., K 17/12⁵¹ przyjął, że „gminy są obowiązane do zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy i w tym wypadku zasadą jest organizowanie "przetargów". Za odbiór odpadów właściciele wnoszą na rzecz gminy opłatę. Natomiast właściciele nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, ale powstają tam odpady komunalne, są obowiązani do udokumentowania w formie umowy korzystania z usług wykonywanych przez gminną jednostkę organizacyjną lub przedsiębiorcę (art. 6 ust. 1 pkt 2 ustawy o utrzymaniu czystości). Także właściciele nieruchomości, którzy pozbywają się z terenu nieruchomości nieczystości ciekłych mogą skorzystać z usług gminnej jednostki organizacyjnej lub przedsiębiorcy (art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy o utrzymaniu czystości). Ustawa o utrzymaniu czystości pozostawia zatem gminnym jednostkom organizacyjnym pole działania "bezprzetargowego", co jednak nie wyklucza stosowania określonych wymagań względem jednostek podejmujących się takich usług”.

⁴⁹ W. Radecki, *Utrzymanie czystości i porządku w gminach. Komentarz*, WKP, 2012, Lex, http://papi26.uci.umk.pl/lex/index.rpc?&fromHistory=false#content.rpc-ASK--nro=587323325&wersja=1&localNroPart=0&reqId=1417360839959_2115515108&class=CONTENT&loc=4&full=1&hId=4.

⁵⁰ K. Kuźma, D. Chojnacki, W. Hartung, K. Maćkowska, K. Szymczak, P. Zdrajkowski, *Utrzymanie czystości i porządku w gminach. Komentarz do ustawy*, Warszawa 2013, s. 126 i 137.

⁵¹ Dz. U. z 2013 r. poz. 1593. Zob. też wyrok NSA z dnia 24 września 2014 r., II OSK 1314/14, G. Prawna 2014/186/1, w którym sąd stwierdził, że „gmina ma prawo zlecić własnej spółce zadanie zagospodarowania odpadów. Nie musi w tym celu przeprowadzać przetargu”.

3. Wybór formy organizacyjno-prawnej

Z istoty konstytucyjnej wolności działalności gospodarczej wynika swoboda przedsiębiorców w zakresie wyboru formy organizacyjno-prawnej, w której działalność gospodarcza będzie prowadzona. Jednakże od tej zasady ustawodawca wprowadza wyjątki poprzez wyraźne uregulowanie, w jakiej formie organizacyjno-prawnej działalność gospodarcza może być prowadzona. Zasadniczo, jak wyżej wspomniano, zarówno podmioty publiczne, jak i prywatne winny być traktowane na równi w zakresie wyboru formy organizacyjno-prawnej prowadzenia działalności gospodarczej. W odniesieniu do jednostek samorządu terytorialnego ustawodawca w różnych aktach prawnych jednoznacznie określa, w jakich formach mogą one prowadzić działalność gospodarczą.

Jednostki samorządu terytorialnego prowadzą gospodarkę komunalną celem realizacji zadań własnych (art. 2 ukg), poprzez utworzone jednostki organizacyjne (art. 9 ust. 1 usg⁵², art. 6 ust. 1 usp⁵³, art. 8 ust. 1 usw⁵⁴). Według przepisu art. 14 ufp jednostki samorządu terytorialnego mogą zadania własne w zakresie: gospodarki mieszkaniowej i gospodarowania lokalami użytkowymi, dróg, ulic, mostów, placów oraz organizacji ruchu drogowego, wodociągów i zaopatrzenia w wodę, kanalizacji, usuwania i oczyszczania ścieków komunalnych, utrzymania czystości i porządku oraz urządzeń sanitarnych, wysypisk i unieszkodliwiania odpadów komunalnych, zaopatrzenia w energię elektryczną i ciepłą oraz gaz, lokalnego transportu zbiorowego, targowisk i hal targowych, zieleni gminnej i zadrzewień, kultury fizycznej i sportu, w tym utrzymywania terenów rekreacyjnych i urządzeń sportowych, pomocy społecznej, reintegracji zawodowej i społecznej oraz rehabilitacji zawodowej i społecznej osób niepełnosprawnych, utrzymywania różnych gatunków egzotycznych

⁵² Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t. jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 594, z późn. zm.), dalej jako usg.

⁵³ Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (t. jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 595, z późn. zm.), dalej jako usp.

⁵⁴ Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (t. jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 596, z późn. zm.), dalej jako usw.

i krajowych zwierząt, w tym w szczególności prowadzenia hodowli zwierząt zagrożonych wyginięciem, w celu ich ochrony poza miejscem naturalnego występowania, cmentarzy realizować w formie samorządowych zakładów budżetowych. W odniesieniu do działalności wykraczającej poza zadania o charakterze użyteczności publicznej forma samorządowego zakładu budżetowego została wyłączona (art. 7 ugk)⁵⁵.

Działalność gospodarcza może być prowadzona przez podmioty publiczne zaliczane do jednostek sektora finansów publicznych w formach jednostek budżetowych, samorządowych zakładów budżetowych, gospodarstw pomocniczych samorządowych jednostek budżetowych, samorządowych funduszy celowych, samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej, samorządowych instytucji kultury spółek prawa handlowego⁵⁶. Ponadto podmioty publiczne mogą prowadzić działalność gospodarczą w formach: spółdzielni, przedsiębiorstw państwowych, товариств ubezpieczeń wzajemnych, banków państwowych, stowarzyszeń, fundacji.

Ograniczony wybór formy prawnej został przewidziany dla banków. Zgodnie z art. 12 upb⁵⁷ „banki mogą być tworzone jako banki państwowe, banki spółdzielcze lub banki w formie spółek akcyjnych”. Ustawodawca różnicuje status prawny założycieli bankowej spółki akcyjnej. Według art. 13 ust. 1 upb założycielami banku

⁵⁵ Przepis art. 9 ust. 2 usg przewiduje możliwość prowadzenia przez gminę oraz gminne osoby prawne działalności gospodarczej wykraczającej poza zadania o charakterze użyteczności publicznej. Działalność ta może być prowadzona wyłącznie w formie spółek prawa handlowego po warunkiem, że „istnieją niezaspokojone potrzeby wspólnoty samorządowej na rynku lokalnym; występujące w gminie bezrobocie w znacznym stopniu wpływa ujemnie na poziom życia wspólnoty samorządowej, a zastosowanie innych działań i wynikających z obowiązujących przepisów środków prawnych nie doprowadziło do aktywizacji gospodarczej, a w szczególności do znacznego ożywienia rynku lokalnego lub trwałego ograniczenia bezrobocia” (art. 10 ust. 1 w zw. z art. 7 ugk).

⁵⁶ M. Szydło, *Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz*, Warszawa 2008, http://papi26.uci.umk.pl/lex/index.rpc?&fromHistory=false#content.rpc--ASK--nro=587239736&wersja=-1&localNroPart=0&reqId=1417349782488_226776541&class=CONTENT&loc=4&full=1&hId=8.

⁵⁷ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (t. jedn. Dz. U. z 2012 r., poz. 1376, z późn. zm.), dalej jako upb.

w formie spółki akcyjnej mogą być osoby prawne i osoby fizyczne, przy czym liczba założycieli nie może wynosić mniej niż 3. Ograniczenia w odniesieniu do liczby założycieli nie mają zastosowania do takich podmiotów jak: Skarb Państwa, bank krajowy, instytucja kredytowa, bank zagraniczny, krajowy lub zagraniczny zakład ubezpieczeń, krajowy lub zagraniczny zakład reasekuracji lub międzynarodowa instytucja finansowa (art. 13 ust. 3 upb). Z kolei założycielami banku spółdzielczego mogą być tylko osoby fizyczne w liczbie wymaganej dla założenia spółdzielni (art. 13 ust. 2 upb).

W zakresie działalności ubezpieczeniowej ustawodawca przesądził, że może być ona wykonywana wyłącznie w formie spółki akcyjnej albo towarzystwa ubezpieczeń wzajemnych (art. 5 udu⁵⁸).

Ograniczenia w zakresie wyboru formy zostały przewidziane także w zakresie prowadzenia działalności leczniczej, którą mogą prowadzić, zgodnie z art. 4 ust. 1 udl⁵⁹, podmioty lecznicze, takie jak:

- 1) przedsiębiorcy w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej we wszelkich formach przewidzianych dla wykonywania działalności gospodarczej, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej,
- 2) samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej,
- 3) jednostki budżetowe, w tym państwowe jednostki budżetowe, tworzone i nadzorowane przez Ministra Obrony Narodowej, ministra właściwego do spraw wewnętrznych, Ministra Sprawiedliwości lub Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, posiadające w strukturze organizacyjnej ambulatorium, ambulatorium z izbą chorych lub lekarza⁶⁰,
- 4) instytuty badawcze,

⁵⁸ Ustawa z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (t. jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 950, z późn. zm.), dalej jako udu.

⁵⁹ Ustawa z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (t. jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 217, z późn. zm.), dalej jako udl.

⁶⁰ Według art. 55 ust. 2a ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (t. jedn. Dz. U. z 2008 r. Nr 164, poz. 1027, z późn. zm.) jest to lekarz podstawowej opieki zdrowotnej.

5) fundacje i stowarzyszenia, których celem statutowym jest wykonywanie zadań w zakresie ochrony zdrowia i których statut dopuszcza prowadzenie działalności leczniczej,

6) posiadające osobowość prawną jednostki organizacyjne stowarzyszeń, których celem statutowym jest wykonywanie zadań w zakresie ochrony zdrowia i których statut dopuszcza prowadzenie działalności leczniczej,

7) osoby prawne i jednostki organizacyjne działające na podstawie przepisów o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej, o stosunku Państwa do innych kościołów i związków wyznaniowych oraz o gwarancjach wolności sumienia i wyznania - w zakresie, w jakim wykonują działalność leczniczą.

Lekarze i pielęgniarki mogą wykonywać swój zawód w ramach działalności leczniczej na zasadach określonych w ustawie oraz w przepisach odrębnych, po wpisaniu do rejestru podmiotów wykonujących działalność leczniczą (art. 5 ust. 1 udl). Ustawodawca przesądził, że działalność lecznicza lekarzy może być prowadzona w formie: jednoosobowej działalności gospodarczej jako indywidualna praktyka lekarska, indywidualna praktyka lekarska wyłącznie w miejscu wezwania, indywidualna specjalistyczna praktyka lekarska, indywidualna specjalistyczna praktyka lekarska wyłącznie w miejscu wezwania, indywidualna praktyka lekarska wyłącznie w przedsiębiorstwie podmiotu leczniczego na podstawie umowy z tym podmiotem, lub indywidualna specjalistyczna praktyka lekarska wyłącznie w przedsiębiorstwie podmiotu leczniczego na podstawie umowy z tym podmiotem, bądź też w formie spółki cywilnej, spółki jawnej albo spółki partnerskiej jako grupowa praktyka lekarska (art. 5 ust. 2 pkt 1 udl). Natomiast w odniesieniu do pielęgniarek ustawodawca zdecydował, że działalność lecznicza może być wykonywana w formie jednoosobowej działalności gospodarczej jako indywidualna praktyka pielęgniarki, indywidualna praktyka pielęgniarki wyłącznie w miejscu wezwania, indywidualna specjalistyczna praktyka pielęgniarki, indywidualna specjalistyczna praktyka pielęgniarki wyłącznie w miejscu wezwania, indywidualna praktyka pielęgniarki wyłącznie w przedsiębiorstwie podmiotu leczniczego na podstawie umowy z tym podmiotem, lub indywidualna specjalistyczna praktyka pielę-

gniarki wyłącznie w przedsiębiorstwie podmiotu leczniczego na podstawie umowy z tym podmiotem, bądź w formie spółki cywilnej, spółki jawnej albo spółki partnerskiej jako grupowa praktyka pielęgniarek (art. 5 ust. 2 pkt 2 udl).

Nie uznano za prowadzenie podmiotu leczniczego wykonywania zawodu w ramach praktyki zawodowej (art. 5 ust. 3 udl). W odniesieniu do lekarzy i pielęgniarek ustawodawca wyłączył możliwość prowadzenia działalności w formie spółek komandytowych czy kapitałowych.

Z kolei w przypadku prowadzenia działalności leczniczej przez Skarb Państwa oraz jednostki samorządu terytorialnego przesądzono, że działalność ta może być prowadzona w formie spółki kapitałowej oraz jednostki budżetowej (art. 6 ust. 1 i 2 udl). Uczelnie medyczne mogą również prowadzić działalność leczniczą w formie spółki kapitałowej (art. 6 ust. 6 udl), przy czym w spółkach kapitałowych prowadzących działalność leczniczą polegającą na realizacji zadań dydaktycznych i badawczych w powiązaniu z udzielaniem świadczeń zdrowotnych i promocją zdrowia, w tym wdrażaniem nowych technologii medycznych oraz metod leczenia, wartość nominalna udziałów albo akcji należących łącznie do uczelni medycznych nie może stanowić mniej niż 51% kapitału zakładowego spółki. Udziały albo akcje w tych spółkach, poza uczelniami medycznymi, mogą posiadać wyłącznie Skarb Państwa, jednostki samorządu terytorialnego oraz jednoosobowe spółki Skarbu Państwa o szczególnym znaczeniu dla gospodarki państwa (art. 6 ust. 7 udl).

Ustawodawca wyłączył możliwość tworzenia samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej, z wyjątkiem samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej powstałych w wyniku łączenia (art. 204 ust. 1 udl). Publiczne zakłady opieki zdrowotnej działające na podstawie dotychczasowych przepisów z dniem wejścia w życie ustawy stały się podmiotami leczniczymi niebędącymi przedsiębiorcami (art. 204 ust. 2 udl).

W zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych przez jednostki samorządu terytorialnego przewidziano, że działalność ta może być prowadzona w formie niewyodrębnionej w ramach jej osobowości prawnej, jak również w formie porozumienia, związku

lub stowarzyszenia jednostek samorządu terytorialnego, fundacji, której fundatorem jest jednostka samorządu terytorialnego, porozumienia komunalnego, spółki kapitałowej lub spółdzielni z udziałem jednostki samorządu terytorialnego, i wymaga uzyskania wpisu do rejestru jednostek samorządu terytorialnego wykonujących działalność w zakresie telekomunikacji⁶¹.

4. Podejmowanie działalności gospodarczej (koncesje, zezwolenia, działalność regulowana)

Zarówno Konstytucja, jak i ustawa o swobodzie działalności gospodarczej zakładają równe traktowanie w zakresie wolności podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej. Przyjmuje się, że „nie jest dyskryminacją ani nierównym traktowaniem przedsiębiorców – z pewnymi wyjątkami – taka sytuacja, w której dokonuje się reglamentacji działalności gospodarczej poprzez wprowadzenie koncesji, zezwoleń czy działalności regulowanej, chociaż sama zasada wolności gospodarczej doznaje uszczerbku”⁶².

W nauce prawa administracyjnego nie ma jednoznacznego stanowiska odnośnie regulowanej działalności gospodarczej. Przyjmuje się, że jest: przejawem reglamentacji działalności gospodarczej⁶³, „nowym rodzajem reglamentacji działalności gospodarczej”⁶⁴, „takim rodzajem działalności gospodarczej, której wykonywanie w sposób zgodny z prawem wymaga spełnienia przez przedsiębiorcę szczególnych, określonych w ustawie warunków oraz dokonanie zgłoszenia odpowiedniemu organowi celem dokonania wpisu do od-

⁶¹ Art. 5 ustawy dnia 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (Dz. U. Nr 106, poz. 675, z późn. zm.), dalej jako uwrust.

⁶² M. Zdyb [w:] M. Sieradzka, M. Zdyb, *Ustawa...*, nb. 245.

⁶³ A. Borkowski, *Działalność gospodarcza regulowana (kilka uwag na tle reglamentacyjnej funkcji państwa)* [w:] *25 lat fundamentów wolności gospodarczej. Tendencje rozwojowe*, (red.) J. Grabowski, K. Pokryszka, A. Hołda-Wydrzyńska, Katowice 2013, s. 106 i n.

⁶⁴ M. Waligórski, *Regulowana działalność gospodarcza a zasada wolności gospodarczej. Tendencje rozwojowe?* [w:] *25 lat fundamentów...*, s. 619.

powiedniego rejestru przedsiębiorców prowadzących działalność regulowaną. Wpis do rejestru niewątpliwie służy temu, by działalność gospodarcza o statusie działalności regulowanej była prowadzona przez przedsiębiorców w sposób zgodny z przyjętymi przez prawodawcę szczególnymi wymogami.”⁶⁵ Podmioty podlegające wpisowi do rejestru działalności regulowanej podlegają jednocześnie obowiązkowemu wpisowi do właściwego rejestru (art. 14 w zw. z art. 65 ust. 3 usdg).

W zakresie działalności leczniczej ustawodawca przyjął, że jest to działalność regulowana (art. 16 ust. 1 udl). Uznano, że działalnością regulowaną nie jest działalność lecznicza podmiotów leczniczych prowadzona w formie jednostki budżetowej oraz wykonywana jako działalność pożytku publicznego bądź działalność charytatywno-opiekuńcza (art. 16 ust. 1a udl). Należy zauważyć, że ustawodawca przewidział jednocześnie, że i tak mimo wyłączenia do działalności tej zastosowanie mają przepisy o działalności regulowanej (art. 16 ust. 2 udl). Samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej oraz jednostki budżetowe zostały zakwalifikowane jako podmioty niebędące przedsiębiorcami (art. 2 ust. 1 pkt 4 udl).

W doktrynie poddawana jest krytyce obecna regulacja prawna. Wskazuje się, że całkowicie chybionym jest „uznanie podmiotu niebędącego przedsiębiorcą za podmiot wykonujący regulowaną działalność gospodarczą”, tj. samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej⁶⁶.

W zakresie działalności telekomunikacyjnej ustawodawca przesądził o tym, że działalność ta ma charakter regulowanej działalności gospodarczej i podlega wpisowi do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych (art. 10 ust. 1 upt⁶⁷).

⁶⁵ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 marca 2014 r., III SK 35/13, LEX nr 1463898.

⁶⁶ Zob. A. Balmas, *Usługi medyczne – prawne aspekty regulacji rynku* [w:] *25 lat fundamentów...*, s. 32 i n.; Szerzej A. Balmas, *Reglamentacja działalności leczniczej* [w:] *Dziesięć lat polskich doświadczeń w Unii Europejskiej. Problemy prawnoadministracyjne*, (red.) J. Sługocki, t. I, Wrocław 2014, s. 263 i n.

⁶⁷ Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (t. jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 243), dalej jako upt.

Zgodnie z art. 10 ust. 1 a upt wpisowi do rejestru podlega również działalność jednostek samorządu terytorialnego w zakresie telekomunikacji niebędąca działalnością gospodarczą⁶⁸, prowadzona przez jednostkę samorządu terytorialnego, także w formie niewyodrębnionej w ramach jej osobowości prawnej, jak również w formie porozumienia, związku lub stowarzyszenia jednostek samorządu terytorialnego, porozumienia komunalnego, spółki kapitałowej lub spółdzielni z udziałem jednostki samorządu terytorialnego wymaga uzyskania wpisu do rejestru.

Świadczenie usług polegających na zbiorowym zaopatrzeniu w wodę lub zbiorowego odprowadzania ścieków wymaga uzyskania zezwolenia wydawanego przez wójta (burmistrza, prezydenta miasta) w drodze decyzji (art. 16 ust. 1 uzzw⁶⁹). Z obowiązku uzyskania zezwolenia zwolnione są gminne jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, prowadzące na obszarze własnej gminy działalność na zasadach określonych w ustawie (art. 16 ust. 3 uzzw).

⁶⁸ Według art. 3 ust. 1 uwrust, jednostka samorządu terytorialnego może w celu zaspokajania zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej:

- 1) budować lub eksploatować infrastrukturę telekomunikacyjną i sieci telekomunikacyjne oraz nabywać prawa do infrastruktury telekomunikacyjnej i sieci telekomunikacyjnych;
- 2) dostarczać sieci telekomunikacyjne lub zapewniać dostęp do infrastruktury telekomunikacyjnej;
- 3) świadczyć, z wykorzystaniem posiadanej infrastruktury telekomunikacyjnej i sieci telekomunikacyjnych, usługi na rzecz:
 - a) przedsiębiorców telekomunikacyjnych,
 - b) podmiotów, o których mowa w art. 4 pkt 1, 2, 4, 5 i 8 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne,
 - c) użytkowników końcowych - w zakresie i na warunkach określonych w art. 6 i 7.

⁶⁹ Ustawa z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków (t. jedn. Dz. U. z 2006 r. Nr 123, poz. 858, z późn. zm.), dalej jako uzzw.

5. Wnioski

Powyższe rozważania prowadzą do następujących konkluzji. Ustawodawca stwarza warunki zapewniające niedyskryminacyjne traktowanie podmiotów publicznych i prywatnych. Zdarzają się również odstępstwa od zasady równego traktowania. Przy czym różnicowanie podmiotów podyktowane jest zasadniczo przesłanką interesu publicznego, koniecznością ochrony wartości konstytucyjnych, takich jak bezpieczeństwo, porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej, wolności i praw innych osób. Faworyzowanie podmiotów publicznych przejawia się głównie w zakresie stwarzania ułatwień w podejmowaniu działalności gospodarczej (koncesje, zezwolenia, działalność regulowana), w wyborze formy organizacyjno-prawnej, w której działalność gospodarcza może być prowadzona, w dostępie do usług publicznych, polegającym głównie na protekcyjnym wyborze podmiotów publicznych do realizacji usług publicznych. Taka tendencja jest charakterystyczna dla jednostek samorządu terytorialnego, które powierzają realizację usług użyteczności publicznej przede wszystkim zakładom budżetowym bądź utworzonym w tym celu spółkom prawa handlowego w szczególności w transporcie publicznym, zaopatrywaniu w wodę, gospodarowaniu odpadami komunalnymi. Stosowanie transparentnych zasad powierzania zadań publicznych, bez preferowania jakichkolwiek podmiotów sprzyja konkurencyjności i innowacyjności przedsiębiorców.